

Bogotá D.C., octubre 30 de 2020

Departamento Nacional de Planeación
Luis Alberto Rodríguez
Director

Ref: Comentarios CONPES de propiedad intelectual

Cordial saludo

Carolina Botero representante de la Fundación Karisma, organización de la sociedad civil colombiana que busca responder a las amenazas y oportunidades que plantea la "tecnología para el desarrollo" al ejercicio de los derechos humanos, remito a su oficina comentarios sobre el borrador del CONPES de propiedad intelectual.

A continuación, remitimos los comentarios que se encuentran divididos en dos ejes (i) comentarios sobre el eje diagnóstico del CONPES, (ii) comentarios sobre los objetivos del CONPES y sus líneas estratégicas.

Esperamos poder contribuir y enriquecer el contenido de dicho documento que traza las orientaciones para la construcción de la política pública de propiedad intelectual en el país. Quedamos atentas en caso de ser requerida una ampliación mayor del contenido de este documento.

Cordialmente,

Carolina Botero
Directora
Fundación Karisma
carobotero@karisma.org.co



Comentarios al borrador del Conpes de Propiedad Intelectual

Antes de abordar los comentarios de fondo al Conpes queremos evidenciar la falencias del proceso participativo en la construcción de políticas públicas en el Departamento Nacional de Planeación, invitar a reflexiones sobre el sesgo del documento y por último hacer comentarios con base en la estructura del documento.

1. Sobre el proceso de participación.

Como lo hemos dicho ya en pasadas oportunidades los estándares internacionales piden a los Estados desarrollar políticas públicas de puertas abiertas, con análisis de impacto, con participación ciudadana y amplia. Los gobiernos han reconocido el valor de la apertura, de promocionar los documentos en borrador para recibir comentarios que les permita evitar puntos ciegos.

Las democracias más modernas reconocen que quienes trabajan para el Estado, por más experticia que acumulen, no entienden todas las caras de un problema y menos los daños que pueden causar las a veces necesarias simplificaciones. En contravía con esta tendencia, en Colombia nos aferramos a una actitud prepotente del desarrollo y la política pública en la que el gobierno quiere que se haga su voluntad y reduciendo los procesos de participación a etapas tardías donde la idea es que el texto final se toque lo menos posible evitando a los actores que puedan tener otras perspectivas. Esto al menos va en contravía con dos compromisos internacionales

De una parte Colombia como parte de la OCDE debería usar las recomendaciones de ese organismo para incentivar, promover y facilitar la participación Es importante recordar que Colombia está por debajo del promedio en participación de los actores interesados en el desarrollo de política pública, de acuerdo con el diagnóstico que aparece en el informe país y las recomendaciones de la OCDE en 2018. Para enfrentarlo, la OCDE propuso hacer consultas con grupos de interés, reuniones informales sectoriales y talleres en los diferentes niveles del proceso regulatorio. Además, recomendó tener un sistema único, centralizado, de consultas públicas que sistematice los procesos con otros actores

Es importante recordar que la OCDE ha recomendado al país institucionalizar un análisis de impacto normativo. Un estudio de este tipo busca que la regulación no genere mayores costos sociales o económicos por falta de reflexión y participación. Uno de los primeros pasos debería ser la consulta con actores interesados como una forma de mejorar la política y de

obtener datos valiosos. Es decir, la consulta debe existir en los diferentes niveles del proceso regulatorio y debe ser amplia, generosa y abierta.

Por otro lado, Colombia también es parte de la Open Government Partnership donde los procesos de consulta son esenciales y los miembros hacen promesas para mejorar en estos aspectos.

En Karisma hemos reconocido que para ingresar a la OCDE, el DNP expidió el CONPES 3816 de 2014 que incluía entre sus objetivos "mejorar los procesos de consulta, y la mejora en la divulgación y acceso a la información relacionada con el proceso de emisión normativo". Inclusive, expidió una Guía de análisis de impacto normativo basada en la de la OCDE. A pesar de este contexto, todo indica que en el proceso de elaboración del Conpes de Propiedad Intelectual sí hubo talleres y consultas con actores, pero no parece que hayan sido muy amplios, hay muchos actores importantes que se sienten excluidos y otros que si bien presentamos comentarios previos, porque de casualidad nos enteramos de que había un proceso, nunca conocimos un borrador y a la fecha no sabemos si los revisaron o por qué motivos fueron descartados. En todo caso, la buena práctica no consiste en pedir comentarios al final del proceso, abriendo un espacio de unos días -para luego tener que ampliarlo otro poco debido a las solicitudes de quienes nos hemos sentido ignorados-.

La ausencia de procesos para la participación de todos los actores en la construcción de políticas públicas en el país es un problema estructural y por eso insistimos en un proceso de reflexión al interior del DNP que le permita buscar mecanismos para cumplir con sus propios compromisos en materia de participación y reflexión sobre el impacto de las regulaciones para la sociedad colombiana. Creemos que es importante que garanticen la participación amplia, deben conscientemente ir más allá de los mecanismos de eco en los que, incluso de buena fe, tan solo se escucha a amigos de las visiones del gobierno, a gremios, empresas y actores poderosos que son los que tienen acceso a la información de las políticas públicas en construcción y sus mecanismos de participación anticipada.

2. Sobre los antecedentes

Además de hacer un recuento de la regulación adoptada en Colombia en materia de propiedad intelectual, se hace un especial énfasis en el pacto por la Economía Naranja incluido en el PND en donde se *“propone estrategias como la armonización de la política de PI con la Política de la Economía Naranja, y la construcción del inventario de PI del sector público, con el fin de apalancar recursos para promover emprendimientos de base tecnológica y de industrias creativas y culturales”*.

Es importante tener en cuenta que a la fecha la política de economía naranja sigue siendo ambigua, por un lado, los y las representantes del sector creativo siguen manifestando su inconformidad por la falta de participación en el proceso de toma de decisiones relacionadas con la economía naranja y el nuevo marco normativo para las industrias creativas y culturales

en el país, por lo que ha tenido problemas de legitimidad y aceptación por parte del sector, y por otro, los constantes cambios y modificaciones propios del desarrollo de esta nueva política no han permitido conocer con claridad cómo va a funcionar y en materia de lo que compete en este CONPES, no existe un documento de política de economía naranja que aborde con claridad cuál es su planteamiento sobre la propiedad intelectual más allá de afirmar que será la base de la generación de riqueza. Sin claridad sobre la política de economía naranja, como base fundamental de este CONPES no se puede tener un documento de política congruente.

3. Sobre los principios de la política pública

En el documento se afirma que la política se rige por los siguientes principios:

> i. incentivar la creatividad y la innovación, basada en el aprovechamiento efectivo de los DPI
> ii. aumentar la efectividad de la protección y observancia de los DPI, equilibrando las necesidades de titulares y usuarios; y
> iii. consolidar la PI como herramienta transversal para la generación y transferencia de conocimiento de cualquier sector, a través de una institucionalidad consolidada y articulada.

Desde la Fundación Karisma consideramos que en el proceso de adopción de políticas públicas y privadas se deben considerar que existen barreras económicas, legales y tecnológicas para el acceso al conocimiento y a la cultura que deben ser tenidas en cuenta y buscar mecanismos que promuevan el equilibrio en el sistema de propiedad intelectual que ganrantice más accesibilidad y apertura para el disfrute de los bienes comunes.

Observamos que a lo largo del documento se enfatiza en los principios i y iii. Sin embargo, el principio ii *"aumentar la efectividad de la protección y observancia de los DPI, equilibrando las necesidades de titulares y usuarios"* que habla de la importancia de equilibrar las necesidades de titulares y usuarios ha quedado relegado en el plan de acción de la política puesto que, como explicaremos a continuación, el planteamiento de este documento desde su inicio se basa en el fortalecimiento de las garantias para los titulares y, ni en el diagnostico, ni en los objetivos, ni en las líneas estratégicas se habla de las necesidades de los usuarios, esto es una consecuencia más de la falta de un proceso realmente democrático que vincule las necesidades y persepectivas de todo el ecosistema que será impactado por una política pública de propiedad intelctual que va más allá de los titulares.

En este sentido consideramos de gran importancia recordar que la ley 1915 de 2018 *"Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derechos de autor y derechos conexos"* estableció la obligación de adelantar una audiencia cada tres años para "realizar una revisión periódica de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos, con el objetivo de determinar la necesidad y

conveniencia de presentar ante el Congreso de la República un proyecto de ley que reforme, elimine o consagre limitaciones y excepciones al derecho de autor con la finalidad de armonizar las prerrogativas consagradas en favor de los autores y titulares, de los usuarios frente al acceso a la información, los avances tecnológicos y otros derechos fundamentales. La misma Ley afirma que el proceso de revisión periódica deberá contar con la participación activa de la sociedad civil y titulares derechos de autor y derechos conexos, con quienes se podrán generar acuerdos comunes en torno a la modificación de las limitaciones y excepciones.

El equilibrio de los derechos de usuarios y titulares no es un problema menor y como afirmamos con anterioridad, el papel de las personas usuarias no ha sido tenido en cuenta en este documento.

4. Sobre el diagnóstico del borrador del CONPES

Cómo anticipamos en la carta colectiva que suscribimos con más de 50 personas y organizaciones colombianas de diverso origen y naturaleza en la que solicitábamos que se ampliara el plazo para comentarios al Conpes de Propiedad Intelectual[1], hay problemas estructurales del documento que procedemos a exponer.

4.1. El documento tiene una única visión de la propiedad intelectual como impulso de la creación, la innovación y el desarrollo económico por su valor de explotación en el mercado que no está soportada en un análisis de impacto normativo, tampoco en el estado del arte de las discusiones más avanzadas de política pública en materia de propiedad intelectual en el mundo que reclaman fortalecer también las flexibilidades del propio sistema.

El foco del documento se encuentra en el primer párrafo

> “la propiedad intelectual es una herramienta clave que incentiva la innovación y propicia aumentos de productividad dentro de una economía… pese a los significativos avances del país en la adecuación de su sistema de PI a estándares de protección internacional de derechos, existe una insuficiente cultura de creación, protección y aprovechamiento de los activos intangibles económicamente valiosos, siendo este el problema central que esta política pretende abordar.”

Entonces, desde el inicio se plantea que el principal y único problema que el borrador de Conpes aborda es el valor de mercado que hemos asignado a la propiedad intelectual en el

[1] Puede consultarse en https://web.karisma.org.co/el-borrador-del-conpes-de-propiedad-intelectual-esta-abierto-a-comentarios-y-los-necesita/

que es su explotación la que genera un valor de intercambio y por tanto es la protección y su control la que lo garantiza. Esta afirmación se hace sin un análisis de impacto normativo a esta intervención que intente validar esta proposición, en adelante tan solo se mostrarán datos que validen tal afirmación.

Sin duda el panorama de la propiedad intelectual ha cambiado en las últimas décadas obligando a los países a replantear su política pública y en estos procesos hay ejemplos de procesos de políticas públicas que hacen un análisis de impacto normativo revisando la validez de esta premisa. Ninguna de estas iniciativas fue considerada en Colombia.

En 2014, la Comisión Europea se preguntó sobre el impacto de la piratería en el mercado legal de obras protegidas. Para resolver esta cuestión invirtió cerca de 360.000 libras esterlinas contratando a la empresa holandesa ECORYS, para investigar si la infracción del derecho de autor afectaba negativamente las ventas legales. Esta pregunta está en el centro de la premisa que adopta este documento Conpes en Colombia, pues en el fondo lo que hace es asumir que las ventas de obras protegidas se afectan cuando hay distribuciones gratuitas no autorizadas en el mercado, por tanto el antecedente europeo es más que pertinente para nuestro ejercicio.

En ese sentido cabe señalar que el estudio encargado por la Comisión Europea a ECORYS concluyó que **no hay evidencia que apoye la idea de que la infracción del derecho de autor en el entorno en línea sustituye las ventas que hacen los titulares de los derechos de autor**[2]. A pesar de que informes tan serios como este insisten en esta conclusión los instrumentos internacionales de medición y seguimiento al comercio internacional suelen medir efectividad analizando en forma aislada la capacidad de los países de controlar la piratería, tal y como sustenta en forma acrítica el borrador del Conpes que estamos analizando cuando afirma “Según el Reporte Especial 301 producido por Estados Unidos, la piratería y la falsificación son uno de los principales desafíos en el sistema de propiedad intelectual de Colombia (USTR, 2020).” Pg. 32.

Pero, la conclusión de ECORYS, que va en contra de la lógica de la función de la propiedad intelectual ampliamente enraizada en nuestro gobierno durante décadas, no podía considerarse una novedad. Ya en 2011 el profesor inglés Ian Hargreaves había producido un informe comisionado por el primer ministro británico que sugería que la creación, innovación y crecimiento económico no estaba atado a más protección y mayor cumplimiento de las normas, antes bien sugería que se requería más flexibilidades.

El informe del profesor Hargreaves es comisionado por el primer ministro británico que quería establecer si acaso el sistema de propiedad intelectual existente no estaba correctamente diseñado para promover la innovación y el crecimiento de la economía del Reino Unido.

[2] Martin van der Ende, et all. (2015) *Estimating displacement rates of copyrighted content in the EU Final Report*. Disponible en https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2017/09/displacement_study.pdf

En su presentación del informe el profesor Hargreaves indica que

> "la respuesta (a la pregunta formulada por el primer ministro) corta es: sí. Hemos descubierto que el marco de la propiedad intelectual del Reino Unido, especialmente en lo que se refiere a los derechos de autor, está quedando rezagado con respecto a lo que se necesita. El copyright, que una vez fue la preocupación exclusiva de los autores y sus editores, está impidiendo hoy en día a los investigadores médicos estudiar datos y textos en busca de nuevos tratamientos. La copia se ha convertido en algo básico para numerosos procesos industriales, así como para una floreciente economía de servicios basada en Internet. El Reino Unido no puede permitirse que un marco jurídico concebido en torno a los artistas impida una participación vigorosa en estos sectores comerciales emergentes."

Hargreaves agrega

> "Sin embargo, esto no significa que debamos poner en riesgo nuestras importantísimas industrias creativas. De hecho, estas empresas también necesitan un cambio, en forma de mercados mundiales de contenido digital más abiertos, contestables y eficaces, y un entorno en el que la aplicación del derecho de autor vuelva a ser efectiva."

Mirando el informe del profesor Hargreaves en claves del borrador Conpes que nos ocupa el profesor resalta que el sistema de propiedad intelectual es importante para la economía y que debe ser actualizado[3], sin embargo, el análisis de este profesor lo obliga a abogar por más flexibilidades incluso en beneficio de ese mismo modelo económico. Resume Hargreaves que el Reino Unido requiere:

- un sistema eficaz de concesión de licencias de derechos de autor digitales, en el que nada es inutilizable porque no se puede encontrar al titular de los derechos;
- un enfoque de las excepciones al derecho de autor que fomente el éxito de las nuevas empresas de tecnología digital tanto dentro como fuera de las industrias creativas;
- un sistema de patentes capaz de evitar que la gran demanda de patentes provoque graves obstáculos a la entrada en el mercado de tecnologías críticas;
- un asesoramiento fiable y asequible para las empresas más pequeñas, que les permita prosperar en los sectores de la economía del Reino Unido que hacen un uso intensivo de la propiedad intelectual;

[3] Como dice el borrador del Conpes: "El derecho de autor y los derechos conexos son la principal herramienta a disposición de las industrias culturales y creativas, los sectores audiovisuales, editoriales, de artes escénicas, visuales y musicales que se benefician de su protección, así como otros sectores innovadores relevantes como el desarrollo de software, los videojuegos o las bases de datos originales." Pg. 17

- una gobernanza institucional renovada del sistema de propiedad intelectual del Reino Unido que le permita adaptarse orgánicamente a los cambios en la tecnología y los mercados.

Vale la pena indicar que al menos las dos primeras recomendaciones de Hargreaves están vinculadas con otra manera de ver elementos del diagnóstico que el propio documento borrador del Conpes sugiere cuando dice:

> "Finalmente, Colombia creó una cultura de respeto por la Propiedad Intelectual. Las sociedades de gestión colectiva manifiestan que en general los derechos de propiedad industrial y el derecho de autor son percibidos como obstáculos para el libre ejercicio de actividades empresariales y no como instrumentos de protección a los derechos de los titulares (COLIPRI II, 2020). En ocasiones, los usuarios dejan de pagar los derechos asociados al usufructo de creaciones, sin reconocer que su objetivo es retribuir a los creadores por sus obras, o lo consideran un impuesto (Fedesarrollo, 2019). Adicionalmente, hay desconocimiento de los criterios y principios que se aplican para la fijación de tarifas respecto de los derechos de autor"

En un ecosistema donde crece y se dinamiza la cultura digital es necesario incorporar en el análisis una visión crítica de los problemas y barreras y no solo asumir que se trata de una cultura de desprecio e ilegalidad.

Que a nivel internacional ya hay críticas a la tendencia maximalista en la protección de los derechos de autor también se refleja en los cuestionamientos de la directora de la Oficina de Copyright de Estados Unidos, María Pallante, quien en 2003 cuestionó el valor de tener períodos de protección de derecho de autor tan largos y llegó a proponer reestablecer las formalidades del registro para obtener la protección[4], es decir propuso algunos mecanismo para balancear el perjuicio generado por los plazos excesivos bajo el entendido de que no se podía seguir restringiendo el acceso. Es decir, en Estados Unidos, el principal socio comercial de Colombia, también hay cuestionamientos en los últimos años sobre la lógica de simplemente incrementar la protección del sistema de propiedad intelectual sin propiciar una mirada más balanceada que favorezca el acceso.

Veamos una experiencia más reciente, la de Australia. En 2016 la Comisión de productividad del gobierno de Australia publicó un informe sobre propiedad intelectual para guiar la reforma legislativa que estaba andando. El documento tiene conclusiones similares a las del profesor Hargreaves.

También en este caso se afirma que si bien la propiedad intelectual es importante para la economía, las reformas que se necesitan no son necesariamente más protección y mayor cumplimiento. Al contrario, se lee en el informe, la Propiedad Intelectual debe asegurar los ingresos de creadores e inventores pero, debe hacerlo fomentando.

[4] http://infojustice.org/archives/33017

> “el esfuerzo creativo y la inversión en propiedad intelectual que de otro modo no se produciría , sólo será proporcional el incentivo necesario para inducir esa inversión o esfuerzo adicional y debe resistirse a impedir la evolución de la innovación, la competencia y el acceso a los bienes y servicios.”

En concreto sobre derecho de autor hay dos conclusiones a resaltar. Por una parte indica que su alcance es muy amplio y su duración excesiva, lo que hace que los innovadores, las universidades, las escuelas y los consumidores terminan pagando un alto precio, por lo que es necesario ampliar las flexibilidades que permitan rebalancear el sistema. Por otro lado se dice que el acceso oportuno y económico a los contenidos protegidos por derechos de autor es la mejor manera de reducir las infracciones, el informe propone que el Gobierno de Australia facilite a los usuarios el acceso al contenido legítimo y para ello propone varias medidas entre las que se lee implementar el “fair use” de EE.UU., o derogar restricciones a la importación paralela de libros pues los lectores australianos -de acuerdo con un análisis realizado por el gobierno- pagan más que los del Reino Unido por una parte importante de los libros.

Si nos movemos hacia Asia, la reforma al derecho de autor de Singapur involucró un amplio proceso de consultas, informes y el compromiso por mejorar el acceso a las personas al material protegido.

Colombia está siguiendo un libreto antiguo para la política pública en materia de propiedad intelectual. Donde lo único válido es proteger, proteger, proteger. Se niega a analizar, promover y plantear la necesidad de un ecosistema más balanceado que permita el desarrollo de industrias más modernas y garantice el acceso al conocimiento para su población en general. El borrador del documento llega a plantear como principio “aumentar la efectividad de la protección y observación de los DPI equilibrando las necesidades de titulares y usuarios”, sin embargo, esto no es desarrollado y queda como simple mención. De hecho, en el recuento de normas de propiedad intelectual se ignora la ley 1680 de 2012, la única que en el país ha intentado abordar el equilibro en el acceso para personas usuarias.

El único diagnóstico serio para Colombia será el que reconozca las tensiones entre protección y acceso, incluso si lo hace en forma discreta. No hacerlo es no hacer el trabajo, no reconocer el estado del arte actual, es condenarnos a perpetuar un sistema de propiedad intelectual desbalanceado en el que prima la privatización exacerbada de la creatividad y el conocimiento y no asumir la responsabilidad de buscar equilibrios en beneficio de la justicia social para las personas en Colombia.



4.2. El documento afirma que Colombia tiene bajos niveles de productividad e innovación derivado de que no se genera ni aprovechan económicamente los activos de propiedad intelectual.

Una vez más estas afirmaciones se derivan de la uni-visión descrita en el numeral anterior que se contradice con las tendencias más abiertas en el mundo académico sobre la producción de conocimiento y el desarrollo de la ciencia. Este diagnóstico se contradice con los análisis que se hacen en algunos sectores las discusiones internacionales derivadas de la respuesta a la pandemia e incluso las iniciativas y reclamos al interior del propio país.

Esta semana la Alta Comisionada de Naciones Unidas, Michelle Bachelet, junto con OMS y UNESCO y CERN hicieron un sentido llamamiento[5] a los gobiernos para que apoyen y desarrollen la ciencia abierta indicando que los regímenes de propiedad intelectual deberían implementarse de tal forma que apoyen las obligaciones de los Estados "de proteger la salud pública, y en particular, el acceso a medicinas para todos".

La ciencia abierta es una forma de hacer ciencia e impacta todo el ciclo de producción y diseminación de la ciencia. En línea con la filosofía de lo abierto la apuesta es a que la ciencia sea tan abierta como sea posible y tan cerrada como sea necesario. De esta forma la mirada de una política de propiedad intelectual debería empezar por establecer, como mínimo, que la lógica de los sectores académicos es la abierta, y que coexiste con modelos cerrados de desarrollo de ciencia. Sin embargo, en todo el ciclo de producción científico se debe tener programas y espacios de promoción de lo abierto. Así por ejemplo, si se dan desarrollos soportados en dinero público los resultados deberían ser abiertos. No se trata de ignorar los desarrollos cerrados o dejar de protegerlos. Para lograr esto en primer lugar hay que reconocer que el desarrollo científico en la modalidad de cerrado no es la única forma y, muchas veces, ni siquiera la que debe ser promovida desde el Estado.

Con fundamento en esto, expresiones del documento como que hay "baja generación y gestión de activos intangibles" debe reconocer que no está midiendo sino aquellos derivados del desarrollo cerrado de conocimiento, que se reflejan en registros de patentes, modelos de utilidad, etcétera. En la academia colombiana, como en toda la región, hay un amplio desarrollo de ciencia abierta lo que no hay es indicadores ni formas de registro para los activos que se han desarrollado y que no responden a la lógica comercial de la propiedad intelectual. No solo estos activos tienen valor comercial sino que además debería ser posible medir el impacto social de estas soluciones (por ejemplo los ventiladores que se desarrollaron durante la emergencia sanitaria), pues no cabe duda que esto también repercute en lo económico.

Cuando el documento dice que "dentro de las razones identificadas de la baja generación y gestión de activos intangibles económicamente valiosos se encuentran: (i) los bajos niveles

---

[5] Puede consultarse acá https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26433&LangID=E

de inversión para la investigación y creación de propiedad intelectual; (ii) las barreras institucionales que limitan la creación e investigación o desincentivan el aprovechamiento efectivo de la PI; y (iii) desconexión entre la oferta y demanda de la propiedad intelectual". (pg.23)". De nuevo esta generalización es sesgada si no se analiza también lo que sucede en la vertiente de lo abierto. Sin indicadores, incentivos y mecanismos de seguimiento a esa forma de desarrollo de conocimiento se subestima la producción de intangibles valiosos.

De manera similar cuando se dice que uno de los problemas a abordar en esta política es "la falta de conocimiento y formación sobre los derechos de PI" que en otros apartes del documento se menciona como "en cuanto a la formación del creador se encuentran pocos programas sólidos de formación artística, técnica, en producción, administración, uso de nuevas tecnologías, gestión, mercadeo y negociación de derechos, entre otros" pg. 35 o "las debilidades en la arquitectura institucional y desarticulación de las intervenciones del Estado". Si se considera esta como una gran debilidad es todavía más sentida en el caso de la gestión de la propiedad intelectual para la apertura. El documento debería dar cuenta de este desbalance y buscar que estas acciones al desarrollarse incorporen las dos vertientes de gestión de la propiedad intelectual: la cerrada -asociada con la visión proteccionista- y la abierta -que se enfoca en gestionar la propiedad intelectual para facilitar compartirla-.

Colombia, a través del entonces Colciencias y del ministerio de educación, desde 2012 forma parte de La Referencia una iniciativa regional para visibilizar a través de estrategias de acceso abierto la producción académica de la región. Esta iniciativa compromete al país precisamente en luchar contra los problemas identificados en este Conpes pero para promover en la academia el acceso abierto. El compromiso está vigente.

4.3. En su diagnóstico el documento se establece que "aunque la SIC, el DNDA y el ICA han demostrado avances significativos, siguen siendo oficinas y entidades con relevancia limitada en la política pública del país"

A pesar de esto en relación con la Dirección Nacional de Derecho de Autor no se menciona que en la ley 1915 de 2018 (artículo 17) se estableció la obligación de que la Dirección Nacional de Derecho de Autor, convoque cada tres años a una audiencia pública con el fin de realizar una revisión periódica de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos". La audiencia tiene como propósito determinar la necesidad y conveniencia de presentar ante el Congreso de la República un proyecto de ley que reforme, elimine o consagre limitaciones y excepciones al derecho de autor.

Esta audiencia debería ser incorporada como una herramienta para incrementar la capacidad de diagnóstico y relevancia de la DNDA en el sector. Además como un mecanismo de seguimiento y monitoreo a sus facultades legales. Por ejemplo, en esa misma ley se

estableció la necesidad de regular el tema de "obras huérfanas" a más de dos años de la vigencia de la norma no se ha avanzado en esta reglamentación.

El valor económico de las obras sin protección como las que están en el dominio pública o aquellas que son declaradas huérfanas existe y ese análisis ha sido de interés de varios académicos y múltiples legislaciones alrededor del mundo. La norma colombiana es restrictiva y limitada, pero si no se regula y mide su impacto y efectividad estaremos frente a otra oportunidad perdida para hacer relevante a la DNDA quien deberá demostrar que su aproximación a este tema es correcta y soluciona los sentidos problemas que las bibliotecas y centros de documentación han manifestado.

4.4. Se afirma que en Colombia existen altos niveles de infracción de derechos de propiedad intelectual y limitados mecanismos para su identificación y seguimiento.

Uno de los documentos que más se destaca en el diagnóstico para sostener que en Colombia existe un alto nivel de infracción de DPI es el Reporte Especial 301 producido por Estados Unidos, según el cual *"la piratería y la falsificación son uno de los principales desafíos en el sistema de propiedad intelectual de Colombia (USTR, 2020)"*.

No nos sorprende que el documento tome como referencia este informe que desde la Fundación Karisma, en conjunto con otras organizaciones de la sociedad civil, hemos comentado en el sentido de que el informe Special 301 desde hace años mantiene una narrativa que demanda al Estado colombiano por una parte, el endurecimiento de sus leyes sobre propiedad intelectual y derechos de autor, y por otra, la toma de nuevas medidas que permitan castigar la piratería en línea entre otros.

El informe 301 es problemático desde varias ópticas, en primer lugar porque anima a los estados a adelantar procesos legislativos expeditos que no están de acuerdo con valores democráticos y desde su óptica comercial impone una visión única de la propiedad intelectual como instrumental a ese comercio. El diagnóstico de este documento que está en línea con el informe 301 muestra que la presión funciona y en los procesos derivados de las obligaciones internacionales del país se desestiman las garantías de participación acelerando políticas públicas expeditas y poco consensuadas.

Las presiones de informes como este han contribuido a que se adelanten políticas públicas que no consideran las necesidades ni expectativas de todos los sectores de la sociedad y que evitan los necesarios balances con el interés público, el acceso a la cultura y el conocimiento.

Finalmente, preocupa que el gobierno no contraste la narrativa del informe 301 cuando "incentiva" a Colombia exclusivamente a la "promoción" de la innovación a través del fortalecimiento de la propiedad intelectual. Esta visión prioriza la protección de los derechos

de los titulares ignorando que la creatividad es un proceso especialmente dirigido al enriquecimiento de la cultura y los intereses del público, que pretende sobre todo impactar positivamente en el acceso a la libertad de expresión, al conocimiento, la salud, la ciencia, la educación entre otros, todas funciones que el Estado colombiano también tiene.

En general los comentarios que realizamos a este reporte periódicamente, entre otros temas, abordan la falta de legitimidad de un documento realizado de forma unilateral por el gobierno de Estados Unidos, que tiene exigencias que no respetan la soberanía de los países y que son el resultado de un procedimiento arbitrario. El gobierno colombiano puede usar este instrumento como uno más que alimenta el diagnóstico pero no puede ser la voz que guíe el proceso.

4.5. En línea con el comentario anterior, uno de los temas recurrentes en el informe 301 es que se debe tener normas en materia de responsabilidad de intermediarios de internet.

Tiene razón USTR y también el CONPES al decir "hay vacíos normativos en materia de responsabilidad para los prestadores de servicio de internet", sin embargo enfocar esta situación con que es "uno de los temas de mayor relevancia en la observancia de los derechos en el entorno digital" (pg. 32) resulta complicado. Después de que la norma en 2011 se cayó en el Congreso porque fue evidente que la exoneración de responsabilidad para intermediarios de internet es un tema central en discusiones de libertad de expresión en internet el gobierno colombiano está en la obligación de abordar este tema buscando el equilibrio entre titulares y derechos de los usuarios, sin olvidar a los propios intermediarios.

Las discusiones sobre exoneración de responsabilidad y remoción de contenidos han avanzado mucho en una década y su regulación no puede ser vista exclusivamente como herramienta de cumplimiento de normas de Propiedad Intelectual sin considerar que internet es un espacio de expresión.

5. Comentarios puntuales a la estructura del CONPES-

Para lograr una mayor especificidad en los comentarios al CONPES de propiedad intelectual, abordamos la misma estructura de dicho documento borrador atendiendo cada objetivo y línea estratégica que propone.

5.1. NUEVO. Crear un objetivo que responda al necesario equilibrio entre derechos de titulares y personas usuarias.

Líneas estratégicas:

Aumentar y articular la inversión para diagnosticar los activos que apoyan el desarrollo de conocimiento y cultura con lógicas de compartir y colaborar, impulsando mecanismos de medición, evaluación e incentivos.

Fortalecer las políticas institucionales para la creación y el aprovechamiento efectivo de la propiedad intelectual con una visión abierta cuando se tenga la intencionalidad de compartir y colaborar.

Desarrollar una hoja de ruta pre y post Audiencia Ley 1915 de 2018 que permita impulsar una agenda regulatoria que de balance a los derechos de titulares y personas usuarias en el sistema de propiedad intelectual.

5.2. comentarios al 5.3.1 Generar condiciones habilitantes para la creación y gestión de activos intangibles económicamente valiosos

> *Línea estratégica 2: Fortalecer las políticas institucionales para la creación y el aprovechamiento efectivo de la propiedad intelectual*

Si bien comprendemos la importancia de desarrollar acciones de pedagogía para sensibilizar a la ciudadanía y sobre todo, a quienes hacen tránsito en el sistema educativo y universitario para generar conciencia sobre los alcances y beneficios de la propiedad intelectual y su ejercicio como derecho individual a través del derecho de autor -por citar un ejemplo-, creemos esencial que el enfoque de los manuales de propiedad intelectual de que trata este objetivo y que serán diseñados entre el Ministerio de Educación Nacional y el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, integren una mirada comprehensiva que incluya la importancia que juega una mirada abierta de la propiedad intelectual y que ofrezca una amplia gama de posibilidades que apuntan al enriquecimiento del conocimiento, la cultura y la ciencia y acceso abiertos.

Dicho enfoque privilegia modelos colaborativos de gestión y creación, el favorecimiento de modelos de licenciamiento abierto, las posibilidades de uso y expansión de las excepciones y limitaciones al derecho de autor y la valoración de otras flexibilidades del sistema, entre otros.

Insistimos en la integración de un enfoque más abierto pues nos preocupa particularmente que los esfuerzos de pedagogía contenidos en esta línea estratégica fortalezcan no solo una

mirada desbalanceada de la propiedad intelectual sino una que insista sobre todo en su carácter punitivo que, entre otros, desincentiva al abordaje de la propiedad intelectual desde una visión favorable al dominio público, el acceso libre y abierto. Siendo conscientes además de que la pedagogía de hoy formará a los tomadores de decisiones y creadores del mañana.

5.3. Comentarios al 5.3.2 Fortalecer y ampliar los instrumentos de protección de la propiedad intelectual

Línea estratégica 1. Aumentar los instrumentos de protección de la propiedad intelectual

El borrador del documento CONPES prevé que el Ministerio de Comercio junto con el Ministerio de Relaciones Exteriores elaborarán un análisis de ventajas así como un plan de acción para la ratificación o adhesión -entre otros- del Tratado de Marrakech. Sin embargo, es necesario mencionar que el Tratado de Marrakech ya ha sido adherido por Colombia y su ratificación en el Congreso se encuentra en curso en el Congreso de la República desde el pasado 15 de agosto de 2019. Habría que impulsar su ratificación e implementación.

Es decir, llamamos la atención para que el documento CONPES abogue es por la urgencia de ratificación del proyecto de ley n. 138/S de 2019 que todavía no ha recibido su segundo debate en el Congreso de la República y para ellos requiere del impulso de sus autores y de los Ministerios de Relaciones Exteriores y del Interior.

Esperar, como lo prevé el borrador CONPES, a que esta acción para la ratificación del Tratado de Marrakech dé inicio en 2021 y finalice en 2023, es continuar postergando las acciones que conducirán a paliar la hambruna de libros que aqueja a las personas con discapacidad y que se encuentran imposibilitadas en el acceso a mayores recursos que sean legibles por éstas. Condición que sin duda se encuentra agravada en un contexto como el actual donde las posibilidades de consulta y acceso a recursos impresos se encuentra limitada a las opciones que ofrece el comercio editorial, ya de por sí escasas. Adicionalmente se debe contemplar que el impulso también se debe tener para su implementación, considerando que el alcance de las obligaciones derivadas del Tratado de Marrakech es mayor al que contempla la ley 1680 de 2012.

Finalmente, conviene también recordar a la DNDA que está pendiente de regulación todo el tema de obras huérfanas y por tanto el CONPES puede promover que esta entidad le de impulso y desarrolle esta regulación.

Línea estratégica 2. Fortalecer la capacidad institucional para otorgar derechos de propiedad intelectual

Llamamos la atención sobre la incorporación de tecnologías específicas para el logro de objetivos de política pública que contrarían, entre otros, principios como el de neutralidad

tecnológica. Este objetivo prevé la implementación de tecnologías de inteligencia artificial por parte de la SIC con el fin de facilitar la búsqueda de similitudes marcarias. Los documentos de política pública como el CONPES deben trazar por su parte objetivos claros y luego, en su fase de implementación, el tomador de decisiones debe evaluar cuál herramienta le permitirá satisfacer de manera mucho más eficiente -en términos económicos y en materia de viabilidad y efectividad material- los objetivos trazados.

Esta línea estratégica debiera prever en cambio, que para los proceso de búsqueda de similitudes marcarias podrá integrarse el uso de tecnologías ante lo cual, la entidad respectiva deberá efectuar un proceso de análisis de impacto en derechos humanos y de viabilidad de la herramienta que sirva a dicho propósito de manera más eficiente.

A la par con fortalecer la capacidad institucional para otorgar derechos de propiedad debe fortalecerse la capacidad institucional para proteger y dar a conocer los materiales en dominio público lo que significa apoyar tanto a la DNDA como a la SIC, pero también a la Biblioteca Nacional.

5.4. Comentarios al 5.3.3. Propender por la defensa efectiva de los derechos de propiedad intelectual

> *Línea estratégica 1. Mejorar los mecanismos para la identificación y seguimiento de infracciones de derecho de propiedad intelectual*

Comentarios sobre la elaboración de un proyecto de ley para regular responsabilidad de los ISP

Esta línea estratégica debe señalar que, en la confección de iniciativas legislativas tendientes a abordar la responsabilidad de los proveedores de internet (ISP) deberán ser conformados amplios grupos de trabajo que cuenten con la participación de la Mesa Colombiana de Gobernanza de Internet y todos sus actores involucrados, así como la participación de diferentes organizaciones de derechos humanos y sociedad civil, instituciones académicas y de investigación, organizaciones defensoras de la libertad de expresión, representantes de los proveedores de internet, sociedades de gestión colectiva, creadores, comunidades de usuarios -entre otros- para satisfacer un modelo de discusión en el que tengan lugar, representación, voz y voto las múltiples partes interesadas (modelo multi-stakeholder).

Por la relevancia de un proyecto de ley de este tipo, las discusiones deben, en aras de ganar legitimidad y consenso, ser discutidas de manera amplia, suficiente, privilegiando la participación de los distintos actores que hacen parte del ecosistema de internet así como la de actores que representan intereses y derechos en el mundo fuera de línea.



Este modelo de multistakeholder, propio de la gobernanza de internet, va en línea además con las previsiones de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) formuladas en el documento "Principles for Internet Policy Making"[6] del año 2014 que señala:

> The multi-stakeholder environment has underpinned the process of Internet governance and the management of critical Internet resources (such as naming and numbering resources) and it should continue to occur in a transparent manner. *Governments should also work within a multi-stakeholder process to achieve international public policy goals and strengthen Internet governance*. (pg. 8) (subrayado propio)

Tal y como lo advierten organizaciones internacionales como Internet Society[7] o el Internet Technical Advisory Committee que participa en la formulación de documentos de la OCDE con relación a la gobernanza de internet, un modelo de participación abierto a las múltiples partes favorece de manera relevante el fortalecimiento de las discusiones y sus resultados tratándose del diseño de políticas públicas relacionadas a la internet:

> A multistakeholder approach has helped to encourage the global Internet's tremendous growth and is key to its continued development as a platform for innovation and economic progress in the developed and developing world. The full involvement of the organizations charged with the development, management and operation of the Internet helps ensure its future stability, growth and development. The same approach has proven to be the most effective when it comes to Internet policy development.[8]

Así, en la medida en que el documento CONPES fija las "reglas de juego" de la política pública que habrá de ser desarrollada e implementada por los tomadores de decisión a cargo de cada objetivo, es trascendental que el CONPES de propiedad intelectual se alinee con lo advertido por la OCDE pero además, aclare que el diseño de iniciativas legales tendientes a regular la responsabilidad de intermediarios debe procurar integrar y promover espacios favorables a la participación ciudadana.

Comentarios sobre la reglamentación vía decreto de la Ley 1915 de 2018 en materia de excepciones a la elusión de medidas tecnológicas de protección.

La definición de un proceso ampliamente consultado y participativo para la elaboración de este decreto debe ser uno de los requisitos y como tal nos remitimos a los descrito en el numeral anterior. En este caso es necesario considerar que el procedimiento para crear y

---

[6] Disponible en: https://www.oecd.org/digital/broadband/internet-policy-and-governance.htm
[7] Internet Society, (2016), "Internet Governance – Why the Multistakeholder Approach Works", disponible en: https://www.internetsociety.org/resources/doc/2016/internet-governance-why-the-multistakeholder-approach-works/
[8] NetNod, (2011) "Multi-stakeholder input improves OECD meeting outcomes", disponible en: https://www.netnod.se/news/multistakeholder-input-improves-oecd-meeting-outcomes

actualizar excepciones debe ser garantista de las necesidades de las personas afectadas, no puede ser un mecanismo que se convierta en barrera para la consagración de estas flexibilidades.

Finalmente, llamamos la atención para que esta línea estratégica además reitere a la DNDA el deber de realizar la audiencia de la que trata el artículo 17 de la Ley 1915 de 2018 que previó que en un plazo de 3 años luego de sancionada la ley -cuyo primer ciclo trianual se cumple para el año 2021-, dicha entidad "deberá contar con la participación activa de la sociedad civil y los titulares (sic) derechos de autor y derechos conexos, con quienes se podrán generar acuerdos comunes en torno a la modificación de las limitaciones y excepciones." (art. 17, párrafo 3, Ley 1915 de 2018)

5.5. Comentarios al 5.3.4 Establecer mecanismos de difusión, sensibilización y formación sobre los derechos de propiedad intelectual

> *Línea estratégica 1. Fortalecer el conocimiento sobre la existencia y los beneficios de los Derechos de Propiedad Intelectual*

Comentarios sobre la conformación de una Comisión experta en Propiedad Intelectual en el legislativo

Si bien apreciamos como relevante la conformación de una comisión de personas expertas en propiedad intelectual para orientar el diseño de iniciativas legislativas en el Congreso en dicha materia, es importante que esta sea una comisión balanceada de la que puedan ser parte personas con diferentes orientaciones, profesiones e intereses, que representen una visión equilibrada de la propiedad intelectual incluyendo posiciones alternativas favorables al dominio público, el libre acceso, la cultura y la ciencia abiertas.

Dicha comisión debiera poder conformarse sin duda por representantes de comunidades de personas usuarias, instituciones académicas, organizaciones de sociedad civil, entre otros, para que sea una comisión diversa que pueda desempeñar, tal y como lo advierte el CONPES, un rol catalizador.

Comentarios sobre la estrategia que adelantará el Ministerio de Educación para fortalecer la PI en el sector educativo.

Es urgente que en el país, antes de ser emprendidas acciones que fortalezcan una mirada punitiva de la propiedad intelectual en el sector educativo, se efectúen diagnósticos integrales sobre las prácticas y necesidades que generan las restricciones actuales en derecho de autor y el uso de tecnologías digitales en la educación básica, media y universitaria.

Dicho diagnóstico debe poder emprenderse con la participación de grupos de trabajo en los que participen de manera central tanto docentes como estudiantes y cuyos aportes deberán

poder orientar la toma de decisiones del Ministerio de Educación Nacional en dos sentidos. Dicho trabajo diagnóstico sirve a un propósito doble, para (i) diagnosticar e identificar las necesidades que existe en el sector educativo en materia de flexibilización y ampliación de modelos de excepciones y limitaciones al derecho de autor, y para (ii) delimitar y planear los esfuerzos pedagógicos que permitan al sector educativo lograr una mayor sensibilización de los procesos creativos y de uso de contenidos y obras protegidas por el derecho de autor así como del uso y creación de recursos educativos abiertos.

5.3.5. Fortalecer la arquitectura institucional de la PI y articular las intervenciones del Gobierno

Línea estratégica 3. Análisis y actualización del marco normativo

El proceso de identificación de la normativa que requiere ser actualizada en materia de propiedad intelectual y que será adelantado por el Departamento Nacional de Planeación, debiera ser un proceso participativo en el que la comunidad de personas usuarias, creadoras, organizaciones de sociedad civil y otras, puedan participar señalando la normativa que representa un obstáculo, por su desactualización y condición desueta, a los procesos de creación y uso de contenidos y obras tratándose especialmente de la normativa en materia de derecho de autor. Así mismo, su participación debiera poder contar a la hora en que el DNP diseñe los planes de acción de actualización normativa que permita incorporar más miradas y corregir las falencias identificadas en este documento con el fin de evitar sesgos y lograr mayor impacto en una sociedad tan diversa como la colombiana.